

Hermenêutica, interpretação e aplicação do Direito

Jorge Lobo*

Sumário

1. Hermenêutica jurídica. A) Conceito de hermenêutica jurídica. B) Escolas hermenêuticas. C) Escola hermenêutica dogmática. D) Escola hermenêutica sociológica. E) Escola hermenêutica realista. 2. Interpretação do Direito. A) Conceito de interpretação. B) Interpretação quanto à origem. C) Interpretação quanto aos meios. D) Efeitos da interpretação. E) As lacunas da lei. 3. Aplicação do Direito. A) Metodologia. B) Interpretação literal e lógica da LSA com fundamento na Escola da Exegese. C) Interpretação lógico-sistemática da LSA ainda com fundamento na Escola da Exegese. D) Interpretação lógico-sistemática e teleológica da LSA com respaldo na escola sociológica de jurisprudência e na escola do realismo escandinavo. E) Interpretação da LSA como “Sistema Aberto”.

1. Hermenêutica jurídica

A – Conceito de hermenêutica jurídica

Não se chegou ainda a um conceito unívoco de hermenêutica jurídica.

Uns autores consideram-na sinônimo de interpretação das leis; outros, distinguem-nas.

Carlos Maximiliano, na introdução ao seu magnífico *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, doutrina, de início: “A hermenêutica jurídica tem por objeto o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis do direito, para determinar o sentido e o alcance das expressões de direito”¹.

Todavia, ao cuidar da noção de interpretação, afirma, categórico: “Interpretar é determinar o sentido e o alcance das expressões de direito”², valendo-se, portanto, das mesmas palavras com as quais definiu hermenêutica.

Mais adiante, observa: “Do exposto, ressalta o erro dos que pretendem substituir uma palavra pela outra; almejam, ao invés de hermenêutica, interpretação”.

Após, acrescenta: “Esta é a aplicação daquela; a primeira descobre e fixa os princípios que regem a segunda. A hermenêutica é a teoria científica da arte de interpretar”³.

* Doutor em Direito Comercial pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Mestre em Direito da Empresa. Livre-Docente na UERJ. Advogado.

¹ *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 6ª ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1957. p. 13.

² *Loc. cit.*

³ *Ob. cit.*, p. 14.

A seguir, adverte: “Ao invés de abandonar um vocábulo clássico e preciso, é preferível esclarecer-lhe a significação, variável com a marcha evolutiva do Direito. Todos os termos técnicos suportam as acepções decorrentes do progresso da ciência a que se acham ligados”⁴.

Finalmente, conclui: “A palavra hermenêutica resume o sentido das três outras conjugadas – teoria da interpretação”⁵.

Antes de Carlos Maximiliano, o Barão de Ramalho e Paula Baptista já haviam utilizado o vocábulo hermenêutica para títulos de suas obras “Cinco Lições de Hermenêutica Jurídica” e “Compêndio de Hermenêutica Jurídica”, respectivamente.

Em época mais recente, defenderam as ideias de Carlos Maximiliano, entre outros, R. Limongi França, ao declarar: “A interpretação, portanto, consiste em aplicar as regras, que a hermenêutica perquire e ordena para o bom entendimento dos textos legais”⁶, e Maria da Conceição Ferreira de Magalhães, ao dizer: “Hermenêutica jurídica é a disciplina científica da arte ou técnica de interpretar o direito. Interpretar, por sua vez, significa explicar, explanar, aclarar o sentido ou representar, reproduzir, exprimir o pensamento”⁷.

A maioria, entretanto, não faz distinção entre interpretação e hermenêutica; muitos, aliás, não empregam a palavra hermenêutica nem nos títulos de seus livros, estudos e artigos, nem durante a exposição do tema, por preferirem o termo interpretação, como se vê em Miguel Reale⁸, Eduardo Espínola⁹, W. Barros Monteiro¹⁰, Alípio Silveira¹¹, Francesco Ferrara¹² e Manoel A. Domingues de Andrade¹³, havendo, outrossim, quem à sua obra denomine “Hermenêutica” sem, contudo, no texto, empregar, uma vez sequer, essa expressão, como ocorreu com Alípio Silveira¹⁴.

Perfilho a lição de Luiz Fernando Coelho, segundo a qual hermenêutica, sob o ponto de vista epistemológico, é a “parte da ciência do direito, cujo objeto é o estudo e a sistematização dos processos lógicos de interpretação, integração e aplicação do direito.”¹⁵

B – Escolas hermenêuticas

(a) O pensamento de Luiz Fernando Coelho

As escolas hermenêuticas devem ser classificadas de acordo com o predomínio da “atitude racionalista ou empirista em face do fenômeno jurídico”¹⁶, disserta Luiz Fernando Coelho.

⁴ *Idem*, p. 15.

⁵ *Loc. cit.*

⁶ *Elementos de Hermenêutica e Aplicação do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 21/22.

⁷ *A Hermenêutica Jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 1.

⁸ *Lições Preliminares de Direito*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 1983. p. 273.

⁹ *Sistema de Direito Civil Brasileiro*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Conquista, 1959. p. 175.

¹⁰ *Curso de Direito Civil*, Parte Geral. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 34.

¹¹ *Hermenêutica no Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

¹² *Interpretação e Aplicação das Leis*. Coimbra: Arménio Amado Ed., 1987.

¹³ *Ensaio sobre a Teoria da Interpretação das Leis*. Coimbra: Arménio Amado Ed., 1987.

¹⁴ *Ob. cit.*, p. 1 e ss.

¹⁵ *Lógica Jurídica e Interpretação das Leis*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 178.

¹⁶ *Idem*, p. 192.

Se o intérprete adota uma “atitude racionalista”, pois julga que o direito contém princípios gerais e abstratos, que devem ser aplicados às situações concretas da vida do homem em sociedade, a sua função esgota-se na identificação daqueles princípios e na sua aplicação, não obstante as constantes mudanças sociais; todavia, se adota uma “atitude empirista”, porque vê no direito o modo de perseguirem-se certos fins, sempre intimamente relacionados com os dados da realidade fática, a sua função é “adaptá-los e, de certa forma, subordiná-los àqueles dados da experiência histórica”¹⁷.

Destarte, se prepondera a “atitude racionalista”, estamos diante de uma “escola hermenêutica dogmática”; se prevalece a “atitude empirista”, diante do que Luiz Fernando Coelho denomina de “escola hermenêutica zetética”.

Esclarece, ainda, Luiz Fernando Coelho: “A orientação dogmática decorre da concepção tradicional de que o direito está, todo ele, contido nas leis; assim, a função do intérprete passa a ser unicamente a de adequar o fato à lei, mediante o processo lógico da subsunção, o qual tem o método racional-dedutivo por basilar”¹⁸.

Depois, acentua: “A orientação zetética agrupa as escolas de interpretação jurídica que reagiram aos exageros do dogmatismo exegético, conceitualista e analítico e o tentaram superar, mediante uma atitude de oposição a todo apriorismo jurídico e procurando interpretar o direito de acordo com os fins por ele visados”¹⁹.

Mas, ainda consoante Luiz Fernando Coelho, tanto a “escola hermenêutica dogmática”, porque “coloca o Direito e a Jurisprudência a serviço, não da paz, da ordem, da segurança, da liberdade, da justiça, dos valores, enfim, mas das pessoas que se beneficiam da ordem social que deve ser mantida e a cujos interesses convém que permaneça inalterada”²⁰, quanto a “escola hermenêutica zetética”, porque, “embora subordine declaradamente o princípio dogmático às considerações político-sociais, acaba por reduzir-se a um dogmatismo encoberto”²¹, devem ser “questionadas pela teoria crítica do direito, que pretende introduzir uma terceira orientação, que denomina crítica, mas que pretende ser transformadora em seus resultados operacionais relativos à ordem jurídica e social”²², chegando à conclusão de que “as escolas tradicionais de hermenêutica jurídica servem na realidade para legitimar a ordem real, qualquer que ela seja”²³, o que o leva a propor a “tese de que a interpretação jurídica deve ser sempre metadogmática, porque dimanada de uma noção crítica e prospectiva do direito e voltada para um princípio basilar, o princípio construtivo ou de transformação que oponho ao princípio da ordem e da segurança”²⁴.

O pensamento de Luiz Fernando Coelho está inserido em uma corrente chamada “teoria crítica do direito”, que, em França, tem como um de seus prosélitos Michel Mialle.

¹⁷ *Loc. cit.*

¹⁸ *Loc. cit.*

¹⁹ *Idem*, p. 195.

²⁰ *Ob. cit.*, p. 199.

²¹ *Loc. cit.*

²² *Idem*, p. 198.

²³ *Ibidem*, p. 199.

²⁴ *Ibidem*, p. 200.

(b) O pensamento de Michel Mialle

Para Michel Mialle, a Universidade não tem ministrado, a contento, a disciplina “Introdução à Ciência do Direito”, pois ela não cria nem provoca, no estudante, a vontade de exercer juízos críticos, de “fazer aparecer o invisível”, o que só se consegue se, além de se valer do pensamento abstrato, o estudioso lançar mão do pensamento dialético. O pensamento dialético parte da indubitosa constatação de que o mundo é complexo e está em permanente luta e transformação, “quer ela seja consciente ou inconsciente”²⁵.

Comparando o pensamento dialético com o pensamento positivista, Michel Mialle destaca que o pensamento dialético se baseia na existência, assaz contraditória e em contínua mudança, do homem em sociedade, encarando o fenômeno não apenas no momento atual, mas como foi, é e provavelmente será no futuro, daí por que ressalta: “a realidade é coisa diversa e muito mais do que está codificado”²⁶, não se podendo reduzir o real a apenas uma de suas faces, enquanto o pensamento positivista limita-se a descrever o que é visível, como as cousas se apresentam em determinado momento histórico.

Ensina, outrossim, Michel Mialle que o pensamento crítico, por abarcar o passado, o presente e o futuro, por conseguinte a totalidade dos fatos, tem uma profunda ligação com a realidade prática, com a sociedade, com o homem “animal social”, pois o mundo jurídico não pode ser verdadeiramente conhecido e compreendido senão em relação a tudo o que permitiu a sua existência e o seu futuro possível. O estudo do direito, se realizado dentro desse padrão, tira-o do isolamento a que vem, com insistência por mestres de todos os tempos, sendo confinado, projetando-o no mundo concreto, no mundo real, onde ele, finalmente, encontra o seu lugar e a sua razão de ser, passando, então, a ficar ligado a todos os demais fenômenos sociais e a fazer parte da mesma história.

(c) O pensamento de Miguel Reale

A propósito das escolas hermenêuticas, Miguel Reale elucida que, no plano histórico, três movimentos conduziram às atuais concepções trivalentes ou tridimensionais do direito: (a) o normativismo jurídico: o direito é um sistema de comandos ou de regras; (b) o eticismo jurídico: o direito é um sistema de valores morais; e (c) o empirismo jurídico: o direito não é apenas norma, mas, por igual, o fato, que o direito visa a disciplinar²⁷.

(d) O pensamento de Carlos Maximiliano

Carlos Maximiliano, a sua vez, prega que são dois os sistemas de hermenêutica e aplicação do direito: o escolástico ou dogmático e o histórico-evolutivo ou, apenas, evolutivo²⁸.

²⁵ *Introdução Crítica ao Direito*. Trad. portuguesa. 2ª ed. Lisboa: Ed. Stampa, 1989. p. 21.

²⁶ *Loc. cit.*

²⁷ *Ob. cit.*, p. 409/410.

²⁸ *Ob. cit.*, p. 65 e ss.

(e) O pensamento de Franzen de Lima

Franzen de Lima, sob a epígrafe “métodos de interpretação”, oferece a seguinte classificação dos vários sistemas: “(a) método lógico ou dogmático; (b) histórico; (c) teleológico; (d) sociológico; (e) livre indagação científica ou direito livre ou livre pesquisa do direito”²⁹.

(f) O pensamento de Caio Mário da Silva Pereira

Caio Mário da Silva Pereira escreve que há uma “hermenêutica tradicional”³⁰ e uma “interpretação científica”³¹, recordando que, no Direito Romano primitivo, o intérprete se limitava aos elementos literais do texto, reflexo da concepção formalista da época, somente vindo a empenhar-se numa interpretação lógica em fase adiantada da civilização romana, quando o homem passou a expressar-se através de conceitos abstratos e gerais, asseverando, calcado em Ihering, “que a interpretação é algo mais do que o conhecimento literal da linguagem da lei, para envolver também a perquirição da sua força e da sua vontade”³².

Para Caio Mário, na Idade Média houve um retrocesso, volvendo-se à interpretação meramente literal, em virtude da perfeição técnica do Direito Romano recepcionado, quando surgiu a glosa, “espécie de comentário marginal ou interlinear sob a vinculação dominadora da expressão linguística”³³.

O direito moderno, lembra Caio Mário, conheceu um movimento semelhante com a Escola da Exegese de Toullier, Duvergier, Duranton, Troplong, Demolombe, Malleville, Demante, Colmet de Santerre, Laurent, Huc, entre outros, a qual, dominada pela excelência do Código de Napoleão, pregava que a hermenêutica deve consistir na explicação da lei escrita, subordinando toda a técnica interpretativa à regra de que não pode haver direito fora da lei. Interpretar é indagar a vontade do legislador. A lei é fonte exclusiva do direito e na sua palavra está expressa a soberania legislativa. O juiz não aplica o direito, aplica a lei e, como esta é concretizada na forma escrita, seu entendimento mora na sua expressão vocabular³⁴.

(g) Classificação adotada

Prefiro adotar a classificação de Luiz Fernando Coelho, acrescida das noções sobre o “eticismo jurídico”, de Miguel Reale, apenas suprimindo a palavra “zetética” e aceitando a subdivisão em escolas sociológica e realista, de modo que a seguir tratarei: (1º) da Escola Hermenêutica Dogmática, (2º) da Escola Hermenêutica Sociológica e (3º) da Escola Hermenêutica Realista.

²⁹ *Da Interpretação Jurídica*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955, p. 10.

³⁰ *Instituições de Direito Civil*. 21ª ed. atual. por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro, Forense, 2006, vol. I, p. 196.

³¹ *Idem*, p. 198.

³² *Ibidem*, p. 196.

³³ *Loc. cit.*

³⁴ *Idem*, p. 197.

C – Escola hermenêutica dogmática

Como pontificou Miguel Reale, “no período anterior à Revolução Francesa, o Direito era dividido ou fragmentado em sistemas particulares”³⁵, quer do ponto de vista de classes (clero, nobreza, povo), quer do ponto de vista territorial (um para cada região, estado), o que obrigava o intérprete a recorrer a normas do direito natural, do Direito Romano, do Direito Canônico e à opinião comum dos doutores.

Promulgado, em 1804, o Código Civil francês, a “tarefa fundamental passou a ser interpretar seus textos de maneira autêntica, em confrontá-los entre si, tirando deles os resultados fundamentais graças a um fino labor de sistematização”³⁶, pois não se admitia que o Direito positivo tivesse lacunas, sendo todos os problemas jurídicos resolvidos pela interpretação extensiva dos textos, graças à analogia e aos princípios gerais do direito, consoante sustentou a Escola da Exegese.

(a) Escola da Exegese

“A tese fundamental da Escola da Exegese é a de que o Direito por excelência é revelado pela lei, sendo o Direito um sistema de conceitos bem articulados e definidos e coerentes, não apresentando senão lacunas aparentes”³⁷, enfatiza Miguel Reale, daí por que o jurista deve partir do direito positivo, analisando-o cuidadosa e metodicamente no tríplice plano gramatical, lógico e sistemático.

Os opositores da escola da exegese, também conhecida por escola clássica, subjetiva ou psicológica, criticam-na porque ela faz da lei a única fonte do direito e põe a vontade do legislador como objetivo da interpretação, acabando por conduzir ao feticismo da lei, ao culto da lei, confundindo o direito com a fórmula legal.

Devido à excelência do Código Napoleônico, a Escola da Exegese conquistou a Alemanha (jurisprudência dos conceitos) e a Inglaterra (jurisprudência analítica) na esteira do postulado liberal individualista de não se deixar margem ao arbítrio do juiz, pois a lei era dogma jurídico, e o método interpretativo por isso mesmo se denominou dogmático, já que o direito era uma criação da razão humana, que, ao legislador, apenas incumbia revelar, devendo o intérprete limitar-se, valendo-se da lógica matemática, ao uso do processo lógico-dedutivo.

(b) Escola de jurisprudência analítica

Na Inglaterra, surgiu movimento semelhante, denominado escola de jurisprudência analítica, procurando compreender o direito segundo esquemas lógico-formais, como sistemas de vínculos normativos decorrentes de precedentes jurisprudenciais.

³⁵ Ob. cit., p. 414.

³⁶ Loc. cit.

³⁷ Idem, p. 415/417.

(c) Escola de jurisprudência conceitual

Na Alemanha, os pandectistas, que desenvolveram o movimento chamado jurisprudência conceitual, orientavam-se como franceses e ingleses, porquanto, para eles, o direito também era um corpo de regras uniformes e a lei, a fonte verdadeira e autêntica do direito.

(d) Escola italiana

Partindo das ideias da escola da exegese e dos pandectistas, formou-se, na Itália, uma plêiade de grandes juriconsultos com o propósito de “compor em unidade harmônica o abstrato e o concreto, o valor certo e estrutural das normas de Direito com o seu conteúdo histórico-social.”³⁸

Para a escola italiana, era necessário unir, ou pelo menos relacionar, o teórico com o prático, as especulações com suas aplicações concretas, como anotou Scialoja: “O teórico não pode conseguir clareza em nossas matérias se não e enquanto se proponha a tese da aplicação prática. Diga ele a si mesmo: Tudo o que estou em vias de formular, que consequências produzirá no campo das relações jurídicas? Produzirá alguma? E se produzir, quais serão essas consequências?” E, outrossim, Cesare Vivante: “É uma deslealdade científica, é um defeito de probidade falar de um instituto para fixar-lhe a disciplina jurídica, sem o conhecer a fundo na sua realidade”³⁹.

D – Escola hermenêutica sociológica

A insuficiência dos postulados da escola dogmática impôs se buscasse a *ratio legis*, para, numa sociedade em transformação, atender aos anseios sociais, evitando, dessarte, uma ruptura entre a lei e o fato, vindo Ihering a sustentar que “o fim é o criador de todo o direito”, devendo o intérprete identificar o fim, o escopo, a razão, a finalidade da lei, até mesmo lhe sendo lícito atualizá-la, pois o texto evolui e o que se deve buscar é o que pretende a lei e não o que pretendeu o legislador, prevalecendo o caráter valorativo, ético e político-social da interpretação.

Devido a essa nova concepção, que teve como precursores a escola histórica de Savigny, quanto a “uma visão mais concreta e social do Direito”⁴⁰, e Ihering⁴¹, Heck e Geny, quanto à ideia de finalidade⁴², passou-se, então, a admitir que se deveria buscar a intenção presumida do legislador, “abandonando-se assim a colocação puramente lógico-analítica do processo, para recorrer a um elemento empírico, metanormativo ou metalegal, mas não buscar a intenção que o legislador teria quando elaborou a lei, mas sim a que ele teria se estivesse vivendo no tempo da aplicação da lei, acomodando a lei ao fato, através de um enriquecimento do seu conteúdo”⁴³.

³⁸ *Ibidem*, p. 420.

³⁹ *Apud* Miguel Reale, ob. cit., p. 420.

⁴⁰ Miguel Reale, ob. cit., p. 422.

⁴¹ *Cf. El fin en el Derecho*. Tradução espanhola. Granada: Editoria Comares, S.C., 2000.

⁴² Luiz Fernando Coelho, ob. cit., p. 241.

⁴³ Miguel Reale, ob. cit., p. 427.

Podemos considerar como integrantes da escola hermenêutica sociológica: (a) a jurisprudência teleológica; (b) a jurisprudência dos interesses; (c) a escola de livre pesquisa científica; (d) a escola de direito livre; e (e) a escola sociológica de jurisprudência.

(a) Jurisprudência teleológica

A jurisprudência teleológica, preconizada por Ihering⁴⁴, sustenta a “concepção do direito como ciência de fins, em oposição à causalidade”, “na qual os dados sociais, históricos e sociológicos passam a constituir não já o elemento a mais de intelecção da *mens legis* e da *mens legislatoris*, mas o campo favorável à criação do novo direito mediante a interpretação”⁴⁵.

(b) Jurisprudência dos interesses

A jurisprudência dos interesses, de Heck, Soll e Rümeline, “preocupa-se sobretudo com o processo decisório e procura descrever o que realmente acontece quando o juiz decide”.

“O juiz deve submeter-se à lei, e não aos seus ideais de justiça, mas, diante de um fato concreto que a lei regula mal, a sua função é construtiva, isto é, a de construir regras, se estas não existem”⁴⁶.

(c) Escola de livre pesquisa científica

A Escola de livre pesquisa científica, de Geny, difunde a ideia de que, na solução dos problemas, o trabalho científico do intérprete consiste em extrair dos dados, “da realidade social, o direito, sempre levando em conta o interesse dos particulares” com o fim de descobrir o “direito no mundo dos fatos”⁴⁷.

(d) Escola de direito livre

A escola de direito livre, de Ehrlich e Zitelmann, “opõe o direito vivo às proposições abstratas da lei”, pois o “direito estatal está sempre em atraso em relação às exigências da vida e do direito dinâmico e concreto que se estabelece dentro das associações”⁴⁸, devendo o juiz afastar-se da norma se ela não conduzir à verdadeira justiça.

⁴⁴ No estudo preliminar da magnífica obra de Rudolf V. Ihering *O Fim do Direito*, Prof. José Luis Monereo Pérez declara que Ihering “se formou na Escola Histórica”, depois “contrapôs a Escola de Jurisprudência de Interesses à Escola de Jurisprudência dos Conceitos”, após “tratou de conjugar a lógica do ‘sistema’ e a lógica do ‘problema’, acentuando que ‘é função do direito o cumprimento de certos fins’, para, ao final, dar ‘maior atenção às condições sociológicas do Direito’” (ob. cit., p. X a XII).

⁴⁵ Luiz Fernando Coelho, ob. cit., p. 241.

⁴⁶ *Idem*, p. 245/246.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 213/214.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 257.

(e) Escola sociológica de jurisprudência

A escola sociológica de jurisprudência, de Benjamin Cardoso, Oliver Holmes, Roscoe Pound e Louis Brandeis, prega “a necessidade da correta compreensão das realidades sociais em permanente fluxo histórico, como atividade preliminar à interpretação das normas jurídicas expressas nos costumes, nas leis e nos precedentes”, eis que a “lógica dedutiva é imprestável para elaboração de sentenças justas, porque se funda em princípios gerais que têm algo de imutável e rígido” e “os princípios gerais precisam ser instrumentos de soluções justas verdadeiramente”, exigindo do juiz notável “senso de equilíbrio”, “pois o direito deve ter estabilidade e, não obstante, não pode permanecer inalterável. Por isso, toda meditação em torno do direito tem tratado de conciliar as necessidades contraditórias da estabilidade e transformação”, fazendo com que a “ordem jurídica seja flexível e ao mesmo tempo estável”, submetendo-a “continuamente à revisão e adaptação”, porquanto “os princípios que buscamos hão de ser tanto de evolução quanto de estabilidade”⁴⁹.

E – Escola hermenêutica realista

Para os adeptos da escola hermenêutica realista, o direito é aquele que se apresenta no universo fenomênico, que decorre da vida do homem no mundo real, e não dos princípios, da legislação, das noções metafísicas de fins e valores, devendo-se sempre subordinar tais princípios à realidade fática, pois o direito é fruto natural dos fatos sociais e históricos.

A doutrina costuma dividir o movimento realista em três escolas: a do realismo psicológico, a do realismo linguístico e a do realismo culturalista.

(a) Realismo psicológico

O realismo psicológico tem duas vertentes: a do psicologismo jurídico e a do realismo jurídico.

O psicologismo jurídico sustenta que a jurisprudência deve minimizar os elementos normativo e axiológico da experiência jurídica, reduzindo-a ao fato, e substituir a norma geral pela vontade do juiz, sem, todavia, perder de vista o sentido profundamente ético de toda juridicidade, pois o que é decisivo no julgamento do juiz é a sua intuição e o seu sentimento, sem o que a aplicação do direito não responderá às necessidades que o direito tem sido chamado a suprir.

O realismo jurídico nos EUA prega que o direito real é somente aquele declarado pelo juiz ao decidir o caso concreto, defendendo, outrossim, a ideia de que o juiz, no processo de elaboração da sentença e da decisão, não se vale, conscientemente, do uso das regras da lógica formal, que tem início com a formulação das premissas até chegar à conclusão, mas, sim, do processo psicológico da busca das premissas após

⁴⁹ *Ibidem*, p. 259 a 270.

haver chegado, durante o estudo do caso submetido a seu julgamento, a determinada conclusão. Para essa escola, o direito é mais um conjunto de decisões do que de normas, pois só com a prolação da sentença ao caso concreto se tem como definitivamente certa a norma capaz de dirimir esta ou aquela controvérsia ou de aplicar-se a esta ou àquela situação fática. Antes da sentença transitada em julgado, dizem os prosélitos dessa corrente de pensamento, só há conjecturas sobre um provável direito, sobre a regra definidora da relação jurídica, da controvérsia ou do litígio.

Destaque-se, a propósito, o chamado realismo jurídico escandinavo de Hägerström, Lundstedt, Olivecrona e, principalmente, Alf Ross, o qual, ao cuidar, na monografia “Direito e Justiça”, dos “fatores pragmáticos na interpretação”, observa que, “na administração da Justiça”, é indispensável levar-se em conta a “razoabilidade prática do resultado”, que se funda no “senso comum” e é “ponderada à luz de valores fundamentais”⁵⁰.

(b) Realismo linguístico

O realismo linguístico faz da linguagem o meio de realizar-se o direito, procurando pôr fim ao dualismo entre as escolas que, de um lado, reputam o direito apenas e tão somente um conjunto de fatos sociais e, de outro, a que o considera um sistema ideal de normas.

(c) Realismo culturalista

O realismo culturalista tem na teoria tridimensional um dos seus mais importantes segmentos, para o qual o direito é fato, valor e norma, numa permanente e fecunda interação.

2. Interpretação do Direito

A – Conceito de interpretação

Doutrina o insigne Carlos Maximiliano que “interpretar é explicar, esclarecer, dar o significado do vocábulo, mostrar o sentido verdadeiro de uma expressão”⁵¹, daí por que incumbe, ao intérprete, “examinar o texto em si, o seu sentido, o significado de cada vocábulo. Faz depois obra de conjunto; compara-o com outros dispositivos da mesma lei, e com os de leis diversas, do país ou de fora. Inquire qual o fim da inclusão da regra no texto e examina este tendo em vista o objetivo da lei toda e do Direito em geral. Determina por esse processo o alcance da norma jurídica e, assim, realiza, de modo completo, a obra moderna do hermeneuta”⁵².

⁵⁰ Bauru: : Edipro, 2000. p. 174/181.

⁵¹ Carlos Maximiliano, ob. cit., p. 23.

⁵² *Idem*, p. 24.

B – Interpretação quanto à origem

A interpretação, quanto à origem, pode ser autêntica, jurídica e doutrinal.

C – Interpretação quanto aos meios

Quanto aos meios, elementos, métodos ou processos, há divergências, a maioria falando em interpretação gramatical, lógica, sistemática e histórica; alguns, acrescentando a interpretação teleológica e suprimindo a interpretação histórica.

De minha parte, sigo a orientação de José de Oliveira Ascensão⁵³, que ensina serem os métodos de interpretação do direito o gramatical e o lógico, este subdividido em sistemático, histórico e teleológico, aos quais acrescento o axiológico ou valorativo, conforme a concepção de Miguel Reale.

“O ponto de partida de toda interpretação é o texto da lei; aliás, não só o ponto de partida, mas, por igual, o limite da busca do espírito”⁵⁴, daí deve o jurista, através do elemento literal ou gramatical, proceder à análise filológica do texto, da sua linguagem, do significado dos termos. Pode, entretanto, o elemento literal não exprimir o pensamento do legislador em termos adequados, quer porque usou palavras ambíguas, quer porque o espírito e a letra podem não coincidir, impondo-se então o sacrifício da letra.

A par do elemento gramatical, é mister recorrer ao elemento lógico para descobrir o espírito e o alcance da lei.

Anote-se, todavia, que, ao buscar o sentido das palavras, o cérebro humano já vai fazendo ilações quanto à finalidade da lei, pois, ao ler cada vocábulo de *per si* e o texto global da lei, já o está interligando com outros e, concomitantemente, valorando-o, quer seguindo uma orientação subjetivista (*mens legislatoris*, o sentido da lei será o sentido do legislador), quer objetivista (*mens legis*, o sentido da lei não está condicionado ao pensamento e à palavra do legislador), com o escopo de, como diz Clóvis Beviláqua, “determinar o fundamento e a finalidade da lei, o porquê e para quê”.

O elemento lógico se subdivide em (a) sistemático, (b) histórico e (c) teleológico.

Como a interpretação deve ter em conta o ordenamento jurídico e não apenas uma lei isolada nem, tampouco, um artigo de lei específico, já que toda norma se integra numa ordem da qual a regra é apenas um modo de expressão, é preciso estabelecer, através do elemento sistemático, as necessárias relações entre as várias disposições, que se desdobram em relações:

(a) de subordinação (relacionamento do preceito isolado com os princípios gerais do sistema jurídico);

(b) de conexão (o preceito deve ser interpretado em função do contexto, jamais isoladamente, pois cada trecho é desenvolvimento

⁵³ *O Direito: Introdução e Teoria Geral*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1978. p. 311 e ss.

⁵⁴ José de Oliveira Ascensão Ob. cit., p. 311.

de um plano lógico, cada artigo só é compreensível se o situarmos perante os que o antecedem ou o sucedem); e

(c) de analogia (devem-se buscar as semelhanças entre os preceitos).

Através do elemento histórico, têm-se em conta os dados históricos que expliquem a lei, os quais podem ser:

(a) precedentes normativos históricos (regras que vigoravam no passado) e comparativos (regras estrangeiras que vigoravam em época da formação da lei e tiveram influência sobre ela);

(b) trabalhos preparatórios (segundo a orientação objetivista, não têm grande importância); e

(c) *occasio legis* (circunstâncias sociais que rodearam o aparecimento da lei).

Através do elemento teleológico, persegue-se a justificação social da lei, a finalidade almejada pela norma, o “pra quê” da lei.

O direito, assentou Miguel Reale, é um fato histórico-cultural, porque “os fatos humanos se integram normativamente no sentido de certos valores”⁵⁵, razão pela qual, ao colimar o fim social da lei, o intérprete deve buscar descobrir o valor em que ela se estriba ou por ela colimado.

D – Efeitos da interpretação

Da conjugação desses elementos, resulta a *ratio legis*, o sentido, o espírito, a razão, o alcance da lei.

Observe-se, entretanto, que:

(a) se o resultado da interpretação levar à conclusão de que o dispositivo de lei tem um sentido nocivo, contrário aos interesses que se pretendem superiores, faz-se, então, uma interpretação corretiva, tendo em conta que a lei é um corpo harmônico e sistemático das normas;

(b) se a regra legal disse menos, recorre-se à interpretação extensiva, para ampliar-lhe o sentido; e

(c) se a norma jurídica disse mais, pede-se auxílio à interpretação restritiva para estreitar-lhe, reduzir-lhe o sentido.

⁵⁵ *Teoria Tridimensional do Direito*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 80.

E – As lacunas da lei

Ao final de todo esse processo hermenêutico, pode ocorrer que o ordenamento jurídico não contenha nenhuma previsão, no que se denomina de lacuna da lei, que é suprida:

- (a) pela analogia (dá-se tratamento igual aos casos semelhantes) legal ou *legis* (recurso a disposições normativas semelhantes) ou jurídica ou *iuris* (segundo princípios gerais normativos); e
- (b) pelos princípios gerais do direito (aqueles que decorrem das necessidades sociais, para uns; princípios de ordem positiva, para outros).

A nossa Lei de Introdução ao Código Civil manda, constatada a lacuna, aplicar a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito, devendo o juiz atender aos fins sociais da Lei e às exigências ao bem comum (arts. 4º e 5º).

3. Aplicação do Direito

Neste artigo, vou valer-me da Lei de Sociedades por Ações (LSA) para discorrer sobre a “aplicação do direito”.

A – Metodologia

Na interpretação da LSA, deve-se:

- (a) recorrer aos ensinamentos das três escolas de hermenêutica jurídica, eis que o Direito é, a um só tempo, um ordenamento de comandos ou regras, um sistema de valores morais e éticos e um conjunto de fatos e atos humanos, portanto, tridimensional ou trivalente, conforme elucida Miguel Reale;
- (b) empregar todos os processos de exegese das leis, por Miguel Reale denominado de “interpretação estrutural da lei”.

Destarte, o intérprete deve basear-se nos cânones da escola hermenêutica dogmática, por “ser a lei a fonte verdadeira e autêntica do Direito” (escola de jurisprudência conceitual) e “o direito por excelência o revelado pelas leis” (escola da exegese) através de raciocínios lógico-dedutivos (escola de jurisprudência analítica) e, ademais, manter-se fiel ao princípio da separação dos poderes, fruto da teoria política de Montesquieu e da Revolução Francesa e de sua Constituição, ao princípio da supremacia da lei, pois a lei é a única garantia contra a arbitrariedade, e ao princípio da segurança jurídica, valor primordial da convivência social e necessidade imperiosa e vital do ser humano.

Todavia, anote-se, embora deva partir do direito positivo, cumpre-lhe repudiar o fetichismo da lei e a idolatria dos códigos, porque o direito está em contínuo progresso, e ter consciência de que o juiz não é um mero e frio aplicador da regra escrita pelo Poder Legislativo, mas um exegeta esclarecido dos fatos, dos valores e das normas pertinentes à hipótese *sub judice*.

Deve o intérprete, ainda, fundar-se nos preceitos da escola de hermenêutica sociológica, porque a sociedade está em perene mudança, por vezes ocorrendo uma ruptura entre a lei e os fatos sociais, econômicos e políticos, o que o obrigará a descobrir “o direito no mundo dos fatos” (escola da livre pesquisa científica) e sempre ter em mente o mundo real, a realidade objetiva, as exigências da vida, os fatos sociais, a flexibilidade e o dinamismo do direito (escola sociológica de jurisprudência).

Por fim, escudado nas lições da escola de hermenêutica realista e consciente de que “o Direito é uma integração normativa de fatos segundo valores” (escola do realismo culturalista)⁵⁶, deve considerar “os fatores pragmáticos da interpretação” e “a razoabilidade prática do resultado” (escola do realismo jurídico escandinavo).

Miguel Reale, em suas magníficas “Lições Preliminares de Direito”⁵⁷, sob a epígrafe “Compreensão Atual do Problema Hermenêutico”, doutrina, ademais, que o exegeta deve buscar a finalidade da lei em seu todo, correlacionando “o todo da lei e as partes”, o que exige se empreenda, de início, uma análise de cada preceito isoladamente para, depois, reuni-lo com os demais, para, ao final, atingir o “sentido global da lei”⁵⁸.

Para ele, a interpretação moderna da lei é estrutural, pois, ao se ler cada palavra, vai-se, automática e inexoravelmente, captando o seu sentido e alcance e, ao mesmo tempo, inserindo e fixando o seu sentido e alcance dentro do sistema da lei e do ordenamento jurídico do país, daí por que a interpretação é, a um só tempo, gramatical (determina-se o significado das palavras), lógica (estabelece-se o sentido e o alcance da norma), sistemática (firma-se o sentido e o alcance da norma no contexto do direito positivo), finalista (visa-se a definir o escopo da lei) e axiológica ou valorativa (procura-se o valor por ela almejado).

Por fim, pontifica Miguel Reale que “dessa compreensão estrutural do problema resulta, primeiro, que o trabalho do intérprete, longe de reduzir-se a uma passiva adaptação do texto, representa um trabalho construtivo de natureza axiológica, não só por se ter de captar o significado do preceito, correlacionando-o com outros da lei, mas também porque se deve ter presente os da mesma espécie existentes em outras leis: destarte, a sistemática jurídica, além de ser lógico-formal, como se sustentava antes, é também axiológica ou valorativa”⁵⁹.

Neste artigo, a interpretação da LSA será inspirada no pensamento crítico-dialético, consoante difundido, entre outros, por Michel Mialle, procurará conciliar (e não opor) o

⁵⁶ Miguel Reale, ob. cit., p. 92.

⁵⁷ 11ª ed. ver. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 285 e ss.

⁵⁸ Ob. cit., p. 285/287.

⁵⁹ *Idem*, p. 287.

princípio construtivo ou de transformação e o princípio da ordem e segurança, conforme orientação de Luiz Fernando Coelho, e fundar-se-á nas concepções trivalentes ou tridimensionais do direito, concebida e difundida, entre nós, por Miguel Reale.

Observado esse método, concluir-se-á, quando da Interpretação da LSA, que:

(1º) se a LSA possui norma regendo a hipótese, basta interpretá-la à luz dos princípios das Escolas de Hermenêutica Jurídica e consoante a teoria da interpretação das leis, inclusive, se for o caso, corrigindo, restringindo ou estendendo os seus efeitos;

(2º) se a LSA não é perfeitamente adequada para a solução da divergência, da controvérsia ou do litígio, porque a situação de fato se modificou com o tempo, é mister um esforço de adaptação do texto legal; e,

(3º) se a LSA não possui norma expressa, o jurista, criando o direito, com base no conhecimento dos dados técnicos e econômicos que possui, suprirá a lacuna, alçando-se, assim, a condição de autêntico hermeneuta.

B – Interpretação literal e lógica da LSA com fundamento na Escola da Exegese

Na maioria dos casos, a interpretação gramatical, literal, léxica, filológica da lei, sempre em conjunto com a interpretação lógica, conduzirá o acionista, o advogado, o professor, o juiz, o jurista e a quem, ainda que momentaneamente, se dedique à busca do espírito da norma jurídica da LSA a uma correta exegese.

É, por exemplo, o caso do art. 110, da LSA, que dispõe, de forma cristalina: “*A cada ação ordinária corresponde um voto nas deliberações da assembleia geral*”, quase se podendo dizer que, de tão claro, dispensa interpretação, consoante o brocardo romano *in claris cessat interpretatio*.

Com efeito, basta o intérprete usar o método racional-dedutivo ou lógico-dedutivo, para determinar o sentido do art. 110 da LSA.

C – Interpretação lógico-sistemática da LSA ainda com fundamento na Escola da Exegese

Em muitos outros casos, o estudo sistemático de diversas regras da LSA, também através do processo lógico-dedutivo, permite, com relativa facilidade, chegar ao escopo, ao fim, à razão de ser dos dispositivos legais examinados, como ocorre, por exemplo, com o art. 120, que estabelece: “*A assembleia geral poderá suspender o exercício dos direitos do acionista que deixar de cumprir obrigação imposta pela lei ou pelo estatuto (...)*”, compelindo, portanto, o exegeta a pesquisar: (1º) quais são os direitos dos acionistas (art. 109, entre outros); (2º) quais as obrigações impostas pela lei aos acionistas (art. 106); (3º) quais as obrigações que o estatuto e a assembleia

geral podem estabelecer sem atentar contra os direitos essenciais e intangíveis dos acionistas (cobrança de ágio, pagamento à vista do preço de emissão etc.); (4º) além de obrigações de cunho econômico, impostas pela lei e pelo estatuto, os acionistas podem ter seus direitos suspensos se descumprirem deveres legais ou estatutários (art. 115) ou a norma do art. 120, por ser restritiva de direitos, deve sempre ser interpretada estritissimamente e, em consequência, só o descumprimento de obrigação legal, estatutária ou decorrente de deliberação assemblear válida enseja a suspensão dos direitos dos acionistas?

D – Interpretação lógico-sistemática e teleológica da LSA com respaldo na escola sociológica de jurisprudência e na escola do realismo escandinavo

Nas hipóteses dos arts. 2º; 109, I; 132, II, e 202, da LSA, que tratam, respectivamente, do “fim lucrativo” da companhia, do direito essencial do acionista aos dividendos, da distribuição dos lucros líquidos do exercício e do pagamento do dividendo obrigatório, a interpretação, de início, como sempre e necessariamente, gramatical, estende-se à lógico-sistemática e alcança a teleológica e axiológica, tendo em vista “descobrir o direito no mundo dos fatos”, tendo em mira a “razoabilidade prática do resultado”, pois há hipóteses, por exemplo, em que a maioria dos acionistas, ao deliberar na assembleia geral, pode – e deve – decidir não distribuir lucros ou distribuí-los sob a forma de ações; em outros, entretanto, a retenção dos lucros e a criação de reservas dar-se-á em flagrante e ilegal abuso do direito de voto, porque proferido não no interesse da companhia, mas com a intenção de prejudicar os minoritários.

E – Interpretação da LSA como “sistema aberto”

Casos há, todavia, e não são raros, que não basta o recurso aos elementos literal, lógico, sistemático, histórico, teleológico e valorativo, para bem entender e bem aplicar a LSA, como se verifica, por exemplo, nas hipóteses dos arts. 115, *caput*, §§ 1º e 3º 116, alíneas *a* e *b* e parágrafo único; 153; 154; 155; 156, em que o legislador fez uso de normas ambíguas, indeterminadas, vagas, imprecisas, elásticas, móveis, próprias do “sistema aberto” de direito, o que exige do intérprete buscar os valores em que elas se estribam e agir com discricionariedade em função do caso concreto.

(a) Razão e realidade

Jerome Hall ensina⁶⁰ que as escolas de filosofia do direito podem ser classificadas⁶¹ em racionalista, realista e integrativa.

⁶⁰ Reason and reality in jurisprudence, pub. in: *Buffalo Law Review*, 1958. p. 351 e ss. vol. 7.

⁶¹ Anote-se, de pronto, que essa classificação se baseia em um critério genérico e nas oposições radicais entre as diversas subescolas. Adotamo-la aqui por propiciar desenvolvimento simples, mas escorrido, do raciocínio. Frise-se, contudo e por oportuno, que, também sob o prisma do “conhecimento quanto à origem”, a classificação é, por igual, tripartite, pois as escolas, que dele tratam, se dividem em racionalista, empirista e crítica (o amálgama de ambas), e, outrossim, “quanto à essência do conhecimento”, em que se bipartem em escola idealista (na qual, como se dá em relação ao racionalismo, a solução dos problemas é de ordem lógico-conceitual) e realista. Hall faz uma classificação quanto às “estruturas normativas” ou

A escola racionalista ou conceitualista, ou dogmática, herança da civilização grega⁶², fundamenta-se na razão⁶³, prioriza os critérios puramente formais do direito⁶⁴ e põe à margem o saber empírico.

Os racionalistas pensam o direito como um *sistema fechado*⁶⁵, *rectius*, um conjunto unitário, ordenado, harmônico e integrado de normas jurídicas, gerais e abstratas, de validade universal, aplicáveis ao caso concreto através do processo lógico-formal de subsunção ou dedução silogística, despidido de considerações axiológicas, quer quanto ao direito, quer quanto aos fatos.

A escola realista ou empirista, ou sociológica⁶⁶, fruto do direito romano⁶⁷, alicerça-se nos atos humanos e nos fatos históricos, sociais, políticos e econômicos, privilegia os aspectos materiais do direito e negligencia as tendências intelectualistas dos dogmatistas.

Os realistas concebem o direito como um *sistema aberto*, a partir da doutrina naturalista de Hume sobre as ciências sociais e da sociologia positiva de Comte, *rectius*, “o direito como fato”⁶⁸, “os fatos observados”, “a realidade fática”, “as puras condutas” (*behavior*), “a vida real”⁶⁹ e se baseiam em uma “concepção que, em princípio e consistentemente, considera o direito como um conjunto de fatos sociais – uma certa conduta humana e atitudes e ideias a ele relacionadas –, assim como o estudo do direito como ramificação da psicologia social”⁷⁰.

“modelos jurídicos”, para usarmos a terminologia de Miguel Reale, in: *O Direito como Experiência*. 2ª ed. São Paulo, Saraiva, 1992, p. XXIV.

⁶² “(...) devemos encarar a história da filosofia grega como o processo de racionalização progressiva da concepção religiosa do mundo implícita nos mitos. Se o representarmos por uma série de círculos concêntricos, a partir da exterioridade da periferia para a interioridade do centro, veremos que o processo pelo qual o pensamento racional toma posse do mundo se realiza na forma de uma penetração progressiva que vai das esferas exteriores para as mais profundas e interiores, até chegar, com Sócrates e Platão, ao centro, quer dizer, à alma” (JAEGER, Werner. *Paideia*. A formação do homem grego, São Paulo, Martins Fontes, 2001. p. 192).

⁶³ Para os racionalistas, “os juízos, que procedem da razão, possuem necessidade lógica e validade universal”, são “predominantemente conceituais e dedutivos”, “imperam com absoluta independência de toda a experiência, seguindo somente suas próprias leis” (HESSEN, Johannes. *Teoria do Conhecimento*. 7ª ed. Coimbra: Arménio Amado Ed., 1980. p. 60/68).

⁶⁴ No preâmbulo do livro de Hans Kelsen, *A Justiça e o Direito Natural*, Coimbra, Arménio Amado Ed., 1979, 2ª ed., p. X/XI, lê-se, a propósito “dos critérios puramente formais”: “Kelsen, com efeito, empreendeu uma vez mais superar o velho complexo de inferioridade da ciência jurídica, fundar o seu caráter científico, determinando-lhe um objeto: as normas jurídicas e as conexões ‘de validade’ entre elas, e fixando-lhe um método específico: o método normológico, que se caracteriza por fazer abstração do substrato sociológico do Direito – dos conteúdos ético-jurídicos, político-sociais ou político-econômicos e dos fins dos preceitos jurídicos –, limitando a incidência da sua visualização àquelas conexões ‘de validade’ e às relações lógicas entre conceitos fundamentais de natureza formal. Assim, constituída, a ciência jurídica satisfaz aos postulados da cientificidade, já que opera tão somente com conceitos rigorosamente definidos a partir de alguns axiomas fundamentais, utilizando o instrumento da lógica formal, e exclui por completo todos os conceitos indeterminados (isto é, insuscetíveis de definição precisa nos quadros de uma axiomática), assim como todos os juízos de valor”.

⁶⁵ “A concepção da ciência como um sistema ‘fechado’ de categorias fixas e proposições rigorosamente axiomatizáveis não passa de uma hipostasiação idealista de uma das etapas, ou antes, de um dos polos, do pensamento científico” (João Batista Machado, na Nota Preambular do livro de Kelsen, ob. cit., p. XXXV).

⁶⁶ O realismo, em suas principais vertentes – ingênuo, natural e crítico –, sustenta, fundamentalmente, que há “objetos reais, independente da consciência” (HESSEN, Johannes. Ob. cit. p. 102).

⁶⁷ Em Roma, dizia-se que *ex facto ius oritur*.

⁶⁸ Hall, art. cit., p. 61 e ss.

⁶⁹ ROSS, Alf. *Towards a realistic jurisprudence*. Tradução espanhola. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1961, p. 56.

⁷⁰ ROSS, Alf. ob. cit., p. 11.

A escola integrativa ou crítica estriba-se na razão e na realidade a um só tempo, propõe a união das dimensões ética e empírica da experiência jurídica e prega a síntese do direito.

Os críticos atuam em uma seara que transcende as visões unilaterais que se fundamentam ora no sujeito, que pensa, ora no objeto, algo que é pensado, porquanto o direito é concebido ao mesmo tempo como um fenômeno suscetível de observação no mundo dos fatos e como uma norma obrigatória no da moral e no dos valores; ao mesmo tempo como algo físico e metafísico, como empírico e *a priori*, como real e ideal, como algo que existe e algo que vale, como um fenômeno e uma proposição⁷¹.

(b) Sistema de Direito

Desde os gregos, o vocábulo sistema suscita a ideia de “uma totalidade construída, composta de várias partes”, de “totalidade bem ordenada”⁷².

No século XVIII, com Christian Wolff, “sistema é sobretudo *nexus veritatem*”, “um esquema ordenado de verdades”, “que pressupõe a correção e a perfeição formal da dedução”⁷³ ou, como doutrinou Johann Heinrich Lambert, a partir da definição de Wolff, “um conceito geral e abstrato”, “um todo fechado, no qual a relação das partes com o todo e das partes entre si estão perfeitamente determinadas segundo regras lógicas de dedução”⁷⁴.

Com a Revolução Francesa e a ascensão da burguesia ao poder, a concepção de sistema como “uma totalidade ordenada”, “um todo fechado”, ganhou foros de verdade universal, que garantia o primado da certeza e da segurança através de regras jurídicas “claras e precisas, que prescindem de qualquer valoração por parte do aplicador do direito”⁷⁵ que se limitaria a julgar “a partir de critérios formais, sem qualquer consideração quanto ao conteúdo”⁷⁶, ideia que transformou o Código Napoleão num sistema “completo, pleno, total, harmônico e autorreferente das leis civis”.⁷⁷

O unilateralismo e reducionismo do sistema fechado positivista, para o qual “o direito constitui uma totalidade, que se manifesta no sistema de conceitos e preposições jurídicas em íntima conexão”⁷⁸ recebeu contundente crítica de Emil Lask, pois, para o emérito filósofo neokantiano da Escola de Baden, há um inexorável “entrelaçamento entre a realidade viva e as significações do direito, no sentido de

⁷¹ *Idem*, p. 15.

⁷² FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Conceito de sistema no direito: uma investigação histórica a partir da obra jusfilosófica de Emil Lask*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976. p. 9.

⁷³ *Ob. cit.*, p. 11.

⁷⁴ *Idem*, p. 11/12.

⁷⁵ SANTOS, Eduardo Sens dos. O novo Código Civil e as cláusulas gerais. *Revista de Direito Privado*, nº 10, p. 12, nº 2, 12.

⁷⁶ ARAÚJO, Vandyck Nóbrega de. *Ideia de sistema e de ordenamento no direito*. Porto Alegre: Fabris, 1986, p. 47, *apud* Eduardo Sens dos Santos, art. cit., p. 12.

⁷⁷ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 277.

⁷⁸ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Ob. cit.*, p. 33.

que ambas se prendem fortemente uma à outra”⁷⁹, razão pela qual categoricamente assevera que reduzir o sistema jurídico a um simples “conjunto de proposições e conceitos formais encadeados segundo os graus de generalidade e especificidade” implica “desconhecer a pluralidade da realidade empírica imediatamente dada em relação à simplificação quantitativa e qualitativa dos conceitos gerais”.⁸⁰

Em notável síntese da mudança de paradigma, Eduardo Sens dos Santos elucida, com raro brilho: (...) a noção de direito como sistema fechado passa a ser duramente criticada à medida que se percebem a ineficiência desse autoisolamento e a inexistência dessa completude e harmonia propostas pelo positivismo. Emil Lask diz que tal “função desagregante” (no sentido de que o sistema perde sua unidade) se processa pela absorção de conceitos extrajurídicos, deixando o jurista de se ater a meras significações (interpretações exegéticas da lei) em prol de uma busca teleológica pelo direito material. Em outras palavras, o sistema jurídico passa a ser considerado como algo concreto, sendo afastada a ideia abstrata de sistema como um todo interligado pela lógica formal e de caráter matemático: da vertente aristotélica dos silogismos passa-se à vertente tópica, também de Aristóteles, que privilegia a hermenêutica de princípios de direito.⁸¹

Claus-Wilhelm Canaris, em seu excelente “Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito”, após discorrer sobre “as qualidades da ordem e da unidade como características do conceito geral de sistema” e “sua adequação valorativa”⁸², trata, em minúcias, com riqueza de detalhes e de maneira absolutamente brilhante, da “abertura do sistema científico”, em que demonstra, acima de qualquer impugnação ou contestação possível, que o sistema jurídico não é, nem pode ser fechado, estanque, completo, definitivo, estático, estratificado, mas natural e necessariamente aberto, em virtude da “incompletude e a provisoriedade do conhecimento científico”⁸³ (grifos do original) e do fato incontestado de ele ser “suscetível de aperfeiçoamento”⁸⁴ permanente e incessante.

Juarez Freitas, debruçando-se sobre a teoria de Canaris e, em especial, sobre a definição de sistema jurídico “como ordem de princípios gerais do Direito”, ensina: (...) tal formulação, que vê o sistema como ordem axiológica ou teleológica, a partir das ideias de adequação valorativa e de unidade, atribuindo aos princípios um sentido que somente se dá numa combinação complementar ou de restrição recíproca, já possui as seguintes principais vantagens: (a) salienta, no trato de temas como antinomias, a função do sistema como sendo a de traduzir coerência valorativa, impedindo uma abordagem meramente formal; (b) evita a crença exacerbada na completude fechada e autossuficiente do sistema, permitindo pensar a completude e a coerência como processos abertos; (c) resguarda o papel da interpretação sistemática, pois tal abertura

⁷⁹ *Apud* Tercio Sampaio Ferraz Jr., *loc. cit.*

⁸⁰ *Apud* Eduardo Sens dos Santos, *art. cit.*, p. 13.

⁸¹ *Idem*, p. 14.

⁸² Tradução de CORDEIRO, A. Menezes. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 9/102.

⁸³ *Ob. cit.*, p. 106.

⁸⁴ *Idem*, p. 107.

não contradita (antes pelo contrário) a exigência de ordem e de unidade interna; (d) realça o papel decisivo da interpretação bem ponderada, em virtude do manejo concertado de princípios no bojo do sistema jurídico, tomado e concebido em sua dinamicidade⁸⁵.

Por isso, o direito contemporâneo reclama e exige normas intencionalmente indeterminadas, vagas, imprecisas, elásticas, móveis, peculiares ao *sistema aberto*, que propiciem, ao intérprete e ao juiz, operarem com discricionariedade em função do caso concreto, em que levarão em conta: (a) os atos humanos e os fatos econômicos, sociais e políticos inerentes à hipótese *sub examine*; (b) conceitos extrajurídicos oriundos das ciências sociais; (c) conceitos jurídicos indeterminados⁸⁶; e (d) *cláusulas gerais*, todos em íntima conexão ou, como pontifica Miguel Reale, todos numa relação de complementariedade, e não *conceitos jurídicos puros*.

(c) Conceitos jurídicos puros

Com Ihering, a partir da metade do século XIX, a pesquisa e o estudo sobre o fenômeno jurídico tomaram novo e profícuo rumo⁸⁷, eis que o culto à lógica-formal, que ensejara a “ciência dos conceitos jurídicos” e provocara um distanciamento da realidade histórico-social, passou a ceder espaço a uma “concepção finalista do direito”, que se dispunha a atender aos reclamos, anseios e necessidades de uma sociedade em extraordinária transformação política, social e econômica.

De início, a doutrina de Ihering visava a conciliar “a lógica do sistema” e a “lógica do problema”, abranger “o sistema formal do direito” e, também, se não prioritariamente, “o fundo ou conteúdo (material) variável” da vida jurídica, tratar, criticamente, as “questões da forma e da matéria” na ciência do direito, enfim, cuidar da finalidade das normas e da realidade subjacente dos interesses em confronto.

Depois, Ihering liderou um movimento que tinha por escopo o primado do “elemento social do direito”, a partir dos interesses em luta, no que se convencionou chamar de “jurisprudência da realidade”, que combatia a primazia do elemento lógico nos julgamentos, opunha-se ao fetichismo jurídico e verberava contra as considerações estáticas do direito em prol de um direito flexível e dinâmico capacitado a disciplinar as mudanças sociais⁸⁸.

⁸⁵ *A interpretação sistemática do direito*. São Paulo: Malheiros Editores, 1995, p. 39/40.

⁸⁶ A doutrina moderna cunhou as expressões “conceito jurídico indeterminado” e “cláusulas gerais”. Por “conceito indeterminado”, diz Karl Engisch, “entendemos um conceito cujo conteúdo e extensão são em larga medida incertos”, in: *Introdução ao pensamento jurídico*. 6ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983, p. 228. Ainda para Karl Engisch, “o conceito multissignificativo de ‘cláusula geral’ contrapõe-se a uma elaboração ‘casuística’ das hipóteses legais” (*Ibidem*, p. 229) (sobre *cláusulas gerais*, vide nos 12 e ss. *infra*). Do estudo Regras da experiência e conceitos jurídicos indeterminados, *Revista Forense*, 1978, vol. 74, nº 261, p. 16, de José Carlos Barbosa Moreira, depreende-se que os “conceitos jurídicos indeterminados” distinguem-se das “cláusulas gerais” por possuírem grau de generalidade menor. Enquanto as cláusulas gerais são normas absolutamente abertas, nas quais o legislador não define o conteúdo ou tampouco as consequências de sua inobservância, trabalho que cabe ao juiz, os conceitos jurídicos indeterminados dependem, apenas, do preenchimento, em concreto, de seu significado, encontrando-se a sanção ao descumprimento da norma previamente prevista na própria lei.

⁸⁷ Nessa época, imenso era o prestígio da escola da exegese e a da jurisprudência dos conceitos.

⁸⁸ PÉREZ, José Luis Monereo. Estudio Preliminar: El pensamiento jurídico de Ihering y la dimensión funcional del Derecho, in: *El fin en el Derecho*, por Rudolf V. Ihering. Granada: Ed. Comares, 2000, p. XI.

Após haver sido positivista e realista, Ihering, na “terceira fase da evolução de seu pensamento”, “admite um certo dualismo metodológico”, ao reunir “o método lógico-jurídico” e o “método finalista ou funcional do direito”⁸⁹, porquanto, conforme deixou patente no monumental “O espírito do Direito Romano”, “a forma é o conteúdo sob o ponto de vista da visibilidade. Supõe sempre um conteúdo, porque não existe forma sem conteúdo nem conteúdo sem forma”⁹⁰.

Porque “a vida não existe para os conceitos, senão que os conceitos existem para a vida”⁹¹; porque a dinâmica humana, econômica, social e política faz surgir novos e inesperados fenômenos; porque as necessidades e os anseios do homem e do cidadão não se contêm nem se esgotam em fórmulas típicas e insubstituíveis; porque não se deve tratar abstratamente os interesses que o direito visa a proteger e garantir; porque não se pode examinar, interpretar e aplicar o direito considerando-o apenas e exclusivamente sob um prisma estático, dividido em categorias absolutas; porque, na análise e reflexão sobre o direito, não se deve privilegiar a forma em detrimento do conteúdo, a LSA e inúmeros outros diplomas legais, ao criarem “impedimentos” ou “vedações” aos agentes econômicos e às pessoas em geral em razão de determinadas peculiaridades e circunstâncias, fazem-no de modo taxativo, em enumerações exaustivas, casuisticamente, como ocorre em relação às situações de conflito formal de interesses, previstas, por exemplo, no art. 115, §1º, da LSA; no art. 1.749, I, do Código Civil; no art. 9º, da Lei nº 8.666/1993; nos arts. 134, 135 e 405, §2º, do CPC/73, e no art. 30 da Lei nº 11.101/2005.

(d) Cláusulas gerais

Assente a premissa de que o sistema jurídico é natural e necessariamente aberto e dinâmico, incompleto e provisório, a doutrina concebeu e o legislador passou a trabalhar com as denominadas *cláusulas gerais*.

Para Karl Engisch, “o conceito multissignificativo de ‘cláusula geral’ contrapõe-se a uma elaboração ‘casuística’ das hipóteses legais”, esclarecendo, primeiro, que “casuística é aquela configuração da hipótese legal que circunscreve particulares grupos de casos na sua especificidade própria”⁹², e, depois, à guisa de conclusão, que, “deste modo, havemos de entender por cláusula geral uma formulação da hipótese legal que, em termos de generalidade, abrange e submete a tratamento jurídico todo um domínio de casos”⁹³.

Cláusulas gerais, explica Teresa Arruda Alvim Wambier, “são normas em que vêm explicitados princípios jurídicos e que têm por função dar ao Código Civil aptidão para acolher (= passar a abranger) hipóteses que a experiência social ininterruptamente cria e que demandam disciplina. Assim, estas cláusulas, pode-se dizer, têm um potencial de abrangência infinitamente maior do que as regras jurídicas de estrutura tradicional,

⁸⁹ Ob. cit., p. XVI.

⁹⁰ *El Espíritu del Derecho Romano*. Granada: Ed. Comares, 1998, vol. III, tit. III, sec. 2ª, p. 641.

⁹¹ Rudolf V. Ihering, ob. e vol. cit., p. 523.

⁹² Ob. cit., p. 228.

⁹³ *Idem*, p. 229.

mais minuciosas e que contêm em si mesmas descrita sua hipótese de incidência⁹⁴.”

As *cláusulas gerais* são formadas por “conceitos jurídicos indeterminados” e “incorporam princípios jurídicos”, “numa linguagem intencionalmente aberta, fluida, vaga”⁹⁵, com a finalidade precípua de regular, hoje⁹⁶ e no futuro, próximo e distante, variegados tipos de casos e situações, quaisquer que sejam as condições e circunstâncias fáticas⁹⁷. Por isso, consoante magistério do preclaro Luis Roberto Barroso, (...) a técnica legislativa, ao longo do século XX, passou a utilizar-se crescentemente de *cláusulas abertas ou conceitos indeterminados*, como dano moral, justa indenização, ordem pública, melhor interesse do menor, boa-fé. Por essa fórmula, o ordenamento jurídico passou a transferir parte da competência decisória do legislador para o intérprete. A lei fornece parâmetros, mas somente à luz do caso concreto, dos elementos subjetivos e objetivos a ele relacionados, tal como apreendidos pelo aplicador do Direito, será possível a determinação da vontade legal. O juiz, portanto, passou a exercer uma função claramente integradora da norma, complementando-a com sua própria valoração⁹⁸.

Os doutos e laboriosos Alfredo Lamy Filho e José Luiz Bulhões Pedreira, magníficos autores do Anteprojeto da LSA, conscientes de que, em pleno século XX, não podiam agir como simples positivistas do século XVIII em nome de um dogmatismo jurídico que se contenta em aprisionar os fatos da vida em fórmulas rígidas de uma filosofia do direito *a priori*, incompatível com o espírito e as finalidades do *sistema aberto do direito* e do *dualismo metodológico* da modernidade, incluíram, em 1974, em inúmeros artigos da LSA, normas de conteúdo indeterminado, que, embora desafiem a inteligência do exegeta, permitem à LSA manter-se atual e eficaz após mais de quatro décadas de vigência.

⁹⁴ Uma reflexão sobre as “cláusulas gerais” do Código Civil de 2002 – a função social do contrato. *Revista dos Tribunais*, jan. 2005, vol. 94, nº 831, p. 59/60.

⁹⁵ Art. cit., p. 60/61.

⁹⁶ “A interpretação dos conceitos vagos vem adquirindo cada vez mais importância no mundo contemporâneo porque o uso destes conceitos, como já observamos, consiste numa técnica legislativa marcadamente afeiçoada à realidade em que hoje vivemos, que se caracteriza justamente pela sua instabilidade, pela imensa velocidade com que acontecem os fatos, com que se transmitem informações, se alteram ‘verdades’ sociais” (*Idem*, p. 61).

⁹⁷ A doutrina, pátria e alienígena, arrola como *cláusulas gerais*, v.g., “a boa-fé” Judith Martins-Costa, ob. cit., p. 287; “culpa” e “delito” (*Ibidem*, p. 301); “uso abusivo de direito”, “usos do tráfico jurídico” (*Idem*, As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico. *Revista dos Tribunais*, vol. 81, nº 680, jun. 1992, p. 50); “bons costumes” (Claus-Wilhelm Canaris, ob. cit., p. 123/124); “função social” (WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. Art. cit., p. 61); “ordem pública” (CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 196, nota 2); “justa medida” (*Ibidem*, p. 198); “diligência” (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*: introdução ao direito civil constitucional, Trad.: CICCIO, Maria Cristina de. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 27/28, *apud* Eduardo Sens dos Santos, art. cit., p. 18, nota 35); “responsabilidade civil subjetiva” (GONDINHO, André Osório. Codificação e cláusulas gerais. *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 1, nº 2, abr./jun. 2000, p. 22); “enriquecimento ilícito”, “lesão enorme” (AGUIAR JR., Ruy Rosado de. O Poder Judiciário e a concretização das cláusulas gerais: limite e responsabilidade. *Revista de Direito Renovar*, vol. 18, set./dez. 2000, p. 13) etc.

⁹⁸ Liberdade de expressão *versus* direitos da personalidade. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação, in: *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, t. III, p. 82.